

prof. Dr. LUIS E. CHIESA

Associate Professor of Law - Pace Law School - Pace University New York

GIUSTIZIA E FAIRNESS NEL PROCESSO PENALE*

SOMMARIO: 1. Giustizia e *Fairness*. - 1.1. Giustizia e *Fairness* nella Columbia University. - 1.2. Il vincolo fra Uguaglianza e *Fairness*. - 1.3. La natura processuale del concetto di *Fairness*. - 1.4. La *Fairness* in italiano. - 2. I conflitti fra Giustizia e *Fairness* nel processo penale. - 2.1. Esclusione della prova ottenuta in violazione del Quarto Emendamento. - 2.2. Ammissibilità della confessione. - 3. Soluzioni per dirimere il conflitto fra Giustizia e *Fairness*. - 3.1. Regole di applicazione generale e regole applicabili caso per caso. - 3.2. Giustizia e *Fairness* e tipo di regola utilizzata per l'esame di un problema. - 4. Conclusioni.

In un mondo ideale, il processo penale dovrebbe conseguire il duplice obiettivo di garantire che si faccia giustizia in relazione a tutti i casi giudiziari affrontati, trattando, al contempo, in modo *fair*¹ la generalità dei consociati e i soggetti imputati dei singoli delitti.

Sfortunatamente, come ben sappiamo, non viviamo in un mondo ideale.

In realtà, in molte occasioni, si può perseguire l'obiettivo di *far giustizia* in un determinato caso concreto, soltanto se accettiamo l'eventualità di porre in essere pratiche giudiziarie che possono definirsi *unfair*. Specularmente, assicurare un trattamento *fair* a coloro che entrano in contatto con il sistema della giustizia criminale può condurre, in taluni casi, ad una *giustizia* denegata.

Si tratta di un problema particolarmente stringente nei sistemi dove la giustizia penale è improntata ad un sistema *adversary*. Tale sistema nasce, infatti, come modello volto ad assicurare un livello minimo di *fairness* nel processo penale, garanzia che, tuttavia, può implicare il parziale sacrificio del perseguimento di un obiettivo di *giustizia*.

L'intento di questo articolo è dunque duplice. Da un lato si cercherà di dimostrare, traendo spunto da esempi concreti, il conflitto che sorge ogni qual volta si abbia di mira la ricerca della *giustizia* e, contemporaneamente, l'adozione di un modello *fair*.

* Traduzione italiana a cura della dott.ssa Cecilia Valbonesi.

¹ Per i motivi illustrati nella parte I di questo articolo, ho deciso di non tradurre il termine *fair*.

Dall'altro, si esaminerà la giurisprudenza della Corte Suprema degli Stati Uniti per mettere in luce le tensioni che il conflitto fra *giustizia* e *fairness* genera all'interno del procedimento giudiziario.

All'esito dell'esame di tali decisioni, concluderò sostenendo che, se si vogliono ottenere i migliori risultati nell'affermare la *giustizia* "sostanziale", è generalmente consigliabile formulare principi flessibili, atti ad accrescere il grado di discrezionalità dell'organo giudicante e degli altri attori del processo penale.

Per contro, se si desidera aumentare il grado di *fairness* nel processo penale, è decisamente raccomandabile formulare regole rigide capaci di ridurre al minimo la discrezionalità di coloro che operano nel sistema penale.

Prima di difendere questa tesi, senza dubbio, risulta necessario dedicare qualche riga a spiegare la differenza fra *giustizia* e *fairness* e ad illustrare il motivo per il quale quest'ultimo termine risulta così difficile da tradurre in italiano, senza alterarne il significato.

1. *Giustizia vs. Fairness*

1.1. *Giustizia e Fairness nella Columbia University*

Il modo migliore per spiegare la differenza fra *giustizia* e *fairness*² è servirsi di un esempio.

Negli anni Sessanta, durante le proteste degli studenti alla Columbia University di New York, un famoso professore di filosofia, Sidney Morgenbesser, fu colpito alla testa da una manganellata della polizia. Dopo l'accaduto, fu chiesto al prof. Morgenbesser se lui si considerasse colpito "ingiustamente" o in modo *unfair*. Egli prontamente rispose di essere stato picchiato "ingiustamente", ma non in modo *unfair*.

Secondo Morgenbesser il colpo fu ingiusto, perché non aveva fatto nulla per meritare un simile trattamento. Ma il professore tenne a sottolineare che non si trattò di un atto *unfair*, dal momento che la polizia aveva colpito in modo uguale tutti coloro che, presenti alla manifestazione, capitavano a tiro.

Questo esempio illustra le due dimensioni, nelle quali, a mio giudizio, si radica la differenza fra *giustizia* e *fairness*: a) lo stretto vincolo che lega l'ugua-

² La distinzione fra *giustizia* e *fairness* è argomentata con grande lucidità in GEORGE P. FLETCHER, *The Grammar of Criminal Law*, Oxford University Press 2007, 136 ss.

glianza al concetto di *fairness*; b) la natura squisitamente processuale della nozione di *fairness*.

Queste caratteristiche, a loro volta, dimostrano il motivo per cui, quello di *fairness*, è un concetto legato alla tradizione giuridica anglosassone di *common law*.

1.2. Il vincolo fra Uguaglianza e Fairness

L'aneddoto della protesta alla *Columbia* illustra il nesso che lega il concetto di uguaglianza con quello di *fairness*.

A giustificazione della sua affermazione, secondo la quale il colpo ricevuto dalla polizia non fu *unfair*, il prof. Morgenbesser adduce il rilievo che anche altri partecipanti alla manifestazione furono trattati in ugual modo.

Risulta importante sottolineare come, comunque, la circostanza che gli altri manifestanti abbiano ricevuto lo stesso trattamento non giustifica di per sé il comportamento della polizia. Al contrario, infatti, Morgenbesser sostiene di essere stato colpito ingiustamente. Il carattere ingiusto della condotta della polizia non deriva dalla presunta uniformità di trattamento riservata ai manifestanti, ma dalla circostanza che lui nulla di illecito aveva fatto per meritare quel trattamento.

La *fairness* non può coesistere con un trattamento ineguale o parziale.

Da ciò discende che, parte della dottrina, opta per tradurre la celebre tesi di John Rawls "Justice as Fairness" in "Giustizia come imparzialità".

Al contrario, si ritiene invece possibile sostenere che la *giustizia* coesista con trattamenti diseguali o di parte. Si pensi, per esempio, al caso in cui il giudice, che si trovi a valutare la responsabilità di un individuo accusato di omicidio, sia amico intimo della vittima e che la difesa, al pari di chiunque altro, non sia a conoscenza di questa circostanza.

Si supponga che il nostro giudice emetta sentenza di condanna nei confronti dell'imputato. Infine, si immagini che la prova presentata in giudizio dimostri, al di là di ogni ragionevole dubbio, che il colpevole ha ucciso la vittima in assenza di alcuna "giustificazione" o "scusa"³.

Alla luce di tali fatti appare perfettamente sensato concludere che il risultato del processo (la condanna dell'imputato) fu giusto e che questi meritava di essere condannato.

³ Mi riferisco, è chiaro, a "giustificazione" e "scusa" nel senso di causa di giustificazione e di scusante che operano come esimenti della responsabilità penale.

Senza dubbio, può però concludersi che l'imputato fu trattato in modo *unfair* perché il giudice ha assunto un atteggiamento parziale a favore della vittima.

C'è qualcosa di sospetto in una decisione che appare sin dall'inizio oggetto di pregiudizio, anche quando questa decisione ci sembra corretta. Non si può avere *fairness* quando vi sia uno squilibrio a favore di uno dei partecipanti al processo.

Per converso, è possibile configurare il caso in cui un imputato sia trattato in modo *fair*, ma sia, al contempo, vittima di una decisione ingiusta. Si supponga, per esempio, che una persona innocente sia accusata di un delitto e che abbia numerose possibilità di provare la propria innocenza nel corso di un giudizio imparziale. Si supponga poi che, nonostante ciò, l'imputato soccomba all'iniziativa dell'accusa e venga condannato. Nel caso di specie, l'imputato non è stato oggetto di un trattamento *unfair*, essendo stato giudicato imparzialmente ed essendogli state offerte diverse opportunità di provare la propria innocenza.

Difficile trattare meglio un imputato. Ma la condanna sarebbe ingiusta, perché l'imputato non meritava di subirla per un delitto di cui non è responsabile.

Numerose fra le più importanti regole che presiedono al processo penale nei sistemi di giustizia *adversary* sono volte a far sì che l'imputato sia trattato in modo *fair* nel senso sin qui illustrato. L'esempio più evidente è quello di certe norme relative all'individuazione della prova.

In conformità con il giusto processo garantito agli imputati in virtù del Quinto e del Quattordicesimo Emendamento della Costituzione americana, l'accusatore deve comunicare alla difesa le prove a potenziale discolta dell'imputato⁴.

In un sistema *adversary* sarebbe *unfair* che l'accusatore avesse accesso a prove d'innocenza che la difesa non ha potuto esaminare. Allo stesso modo, conformemente con le regole del procedimento penale che presiedono alla scoperta della prova nell'ambito della giurisdizione federale, l'imputato ha diritto di chiedere allo Stato l'opportunità di visionare fotografie, documenti e altri oggetti che saranno utilizzati dall'accusa durante il giudizio e che possano essere importanti per la costruzione di una efficace difesa⁵.

L'accusatore deve, pertanto, mostrare alla difesa gran parte delle sue prove

⁴ *Brady v. Maryland*, 373 U.S. 83 (1963).

⁵ Norme Federali sul Procedimento Penale § 16 (a) (1) (E).

in modo da massimizzare la possibilità che i due avversari (accusa e difesa) stiano sul terreno di gioco (il giudizio) ad armi pari (l'accesso allo stesso materiale probatorio).

Anche le regole che presidiano il diritto dell'accusato di confrontarsi con i testimoni a carico illustrano il legame fra uguaglianza e *fairness*. Concorde-mente con certa recente giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo, l'accusatore non può presentare come prova, nel corso del giudizio, dichiarazioni rilasciate dai testimoni durante le indagini, a meno che l'imputato abbia avuto l'opportunità di controinterrogare il testimone nel momento in cui questi rilasciava la propria dichiarazione, oppure gli sia permesso di farlo nel corso del giudizio stesso⁶.

Sarebbe *unfair* concedere allo Stato l'opportunità di interrogare un testimone e negare questa opportunità all'imputato.

Di conseguenza, è compito dell'accusa dimostrare che l'imputato ha avuto le stesse opportunità, rispetto a quelle riservate allo Stato, di confrontarsi con il teste.

Se ciò non accade la testimonianza è inammissibile.

Siamo ancora una volta dinnanzi ad una regola che estende al massimo la possibilità per gli avversari nella contesa processuale di confrontarsi sul campo di battaglia ad armi pari.

Infine, anche le regole sui limiti di ammissibilità delle prove concernenti l'indole caratteriale dell'imputato (*character evidence*) evidenziano la connessione fra *fairness* ed uguaglianza.

Secondo tali regole, l'accusatore non può presentare prove riguardanti la reputazione dell'imputato per dimostrare che questi si è comportato conformemente alle sue inclinazioni caratteriali anche il giorno in cui furono commessi i fatti a lui imputati⁷.

Per esempio, è vietato presentare prova del carattere litigioso di un imputato accusato della commissione di un delitto che implica l'uso della violenza fisica⁸.

⁶ Il caso è *Crawford v. Washington* 541 U.S. 36 (2004).

⁷ Si vedano, per esempio, le norme federali sulla Prova 404 (a) (1).

⁸ Si noti come la prova riguardante il carattere dell'imputato viene esclusa nonostante il suo elevato valore probatorio. È plausibile ipotizzare che il soggetto che possiede un carattere violento si sia comportato conformemente anche il giorno in cui hanno avuto luogo i fatti a lui imputati. Di conseguenza, l'inammissibilità di questo tipo di prova trova il proprio fondamento in ragioni che vanno ben al di là della ricerca della verità. A mio giudizio, si tratta di una regola di esclusione volta ad assicurare che gli operatori del sistema giudiziario penale rimangano

Senza dubbio, tuttavia, all'imputato è consentito presentare le prove concernenti la sua attitudine caratteriale, per dimostrare che la sua personalità è incompatibile con gli atti dei quali viene accusato.

Ma una simile scelta ha un prezzo per l'imputato. Se egli la fa, per ciò stesso attribuisce all'accusatore la facoltà di fare ciò che altrimenti gli sarebbe precluso: vale a dire, presentare a sua volta controprova circa elementi concernenti il carattere dell'imputato.

Vale la pena illustrare ciò che sin'ora è stato detto, con un esempio:

Maria era stata accusata di una aggressione fisica ai danni di Roberto. L'accusatore può provare che Maria è persona dal carattere violento. Secondo le regole sulla prova vigenti nei tribunali federali, egli non può avvalersene per dimostrare che Maria si è comportata conformemente alle sue attitudini il giorno in cui le si imputa di aver aggredito Roberto.

Ma, se Maria presentasse in giudizio la prova del suo carattere pacifico, per trarne la conclusione che non può aver commesso il fatto addebitato, l'accusatore potrebbe contraddirla, allegando le prove in suo possesso.

Come si può notare, le regole che presiedono alla presentazione della prova circa l'inclinazione caratteriale dell'imputato, mirano ad assicurare la natura *fair* del processo. Se è vero che l'imputato conserva un potere di controllo sulla circostanza che lo Stato presenti una prova riguardante il di lui carattere, una volta tuttavia che questi abbia presentato una prova di tale natura, sarebbe parimenti *unfair* non ammettere l'accusatore a controprova.

Siamo dinnanzi ad una regola che mira ad assicurare l'uguaglianza fra le parti nell'ambito della presentazione della prova in giudizio.

1.3. *La natura processuale del concetto di Fairness*

Gli esempi discussi nel paragrafo precedente evidenziano il vincolo che lega la *fairness* all'uguaglianza. Trattare una persona in modo *fair* solitamente significa trattarla allo stesso modo delle altre.

Come abbiamo visto, se una parte ha l'accesso a certe prove pertinenti al giudizio, è *fair* permettere alla controparte di esaminare la stessa prova. Se una parte ha avuto la possibilità di interrogare un determinato teste, è *fair*

all'interno di un campo concettuale attinente esclusivamente al *diritto penale del fatto*. In altre parole, attraverso la regola generale dell'esclusione della prova concernente il carattere dell'imputato si mira ad evitare, lo scivolamento verso il *diritto penale dell'autore*, nel quale un soggetto viene condannato per il suo modo di essere e non per ciò che ha commesso.

concedere alla controparte di godere della stessa possibilità.

Parimenti, se l'imputato presenta la prova del suo carattere al fine di dimostrare la propria innocenza, è *fair* permettere all'accusatore di presentare una controprova riguardante il carattere dell'accusato.

Oltre alla stretta relazione che lega *fairness* ed uguaglianza, questi tre casi illustrano inoltre la natura esclusivamente processuale della *fairness*.

In altre parole, questi casi mettono in luce che le regole tendenti a massimizzare il grado di *fairness* sono normalmente di natura processuale.

Malgrado la distinzione fra la dimensione sostanziale e processuale del diritto sia notoriamente labile, particolarmente nei casi limite, ciò che a noi interessa in questa sede può sintetizzarsi in questo. In ambito penalistico, le norme processuali sono quelle che governano le modalità con le quali si deve perseguire un delitto dal momento delle indagini effettuate dalla polizia, fino al giudizio sul fatto delittuoso espresso dal tribunale. Le norme sostanziali, invece, sono quelle che delimitano il novero dei comportamenti antigiuridici e permettono di attribuire il fatto antigiuridico all'imputato⁹.

Una volta tracciata la distinzione fra profilo sostanziale e profilo processuale, è facile concludere che le regole che favoriscono la *fairness* nei casi menzionati nel paragrafo anteriore sono di natura processuale, già che le norme che regolano la scoperta della prova, il controinterrogatorio dei testi e la presentazione delle prove riguardanti il carattere, condizionano il modo con cui si può perseguire un delitto, ma non incidono in modo alcuno sulle regole che delimitano gli ambiti dei comportamenti penalmente disapprovati.

Il grado di uguaglianza che contiene in sé il concetto di *fairness* si raggiunge così attraverso norme processuali, anziché sostanziali.

In ultima istanza, la *fairness* pretende di stabilire le regole del gioco, in modo che coloro che vi partecipano godano di pari condizioni, indipendentemente dalla circostanza che il risultato del giuoco sia (sostanzialmente) ingiusto.

Di conseguenza, il concetto di *fairness* è riconducibile a quello di giustizia processuale. Così, la giustizia processuale legata al concetto di *fairness* può, ma non necessariamente deve, coincidere con la giustizia sostanziale. Un processo può essere *fair* anche quando produce un risultato ingiusto. Si pensi ad esempio al caso di O.J. Simpson che fu accusato e processato per la morte di Nicole Brown Simpson e di Ronald Goldman. Il processo contro O.J. fu inequivocabilmente giusto (*fair*). Entrambe le parti ebbero accesso alla prova,

⁹ Ha commesso un fatto meritevole di pena colui il quale ha posto in essere un comportamento umano che sia tipico, antigiuridico e colpevole.

furono in grado di controinterrogare i testimoni, il giudice fu imparziale.

Nonostante ciò, sono in molti a pensare che il risultato del caso (assoluzione) fu ingiusto dal punto di vista sostanziale, dal momento che le prove sembravano mostrare la colpevolezza di O.J.

Al contrario, un risultato giusto, può essere il prodotto di un processo *un-fair*. Così per esempio, alcuni come Hannah Arendt, mettono in discussione la circostanza se sia stato *fair* il giudizio a carico di Adolf Eichmann.

Senza dubbio, molti pensano che il risultato del processo (responsabilità di Eichmann per complicità in genocidio) sia stato giusto¹⁰. Il caso Eichmann pone in rilievo la natura processuale della nozione di *fairness*. Ingiusto, in questo caso, non fu il risultato, dal momento che costituisce opinione condivisa la circostanza che a Eichmann sia stata attribuita la responsabilità che meritava. La *unfairness* è radicata nel processo in sé, perché all'imputato non fu possibile esaminare le prove a carico e tutti sapevano che il risultato del giudizio era stato influenzato dall'opinione pubblica israeliana.

1.4. La Fairness in italiano

Prima di passare al prossimo capitolo, vale la pena dedicare qualche riga a chiarire il problema della traduzione in italiano del termine *fairness*. Questa circostanza non costituisce un mero passatempo teorico. Permette anzi di meglio comprendere certe modalità del sistema giuridico penale anglosassone, difficili da capire in altro modo. Solo avendo contezza di queste sottigliezze terminologiche si può cogliere adeguatamente il significato e la portata di uno dei concetti più importanti del diritto processuale anglosassone.

La difficoltà di catturare l'essenza della *fairness* può illustrarsi nei molti modi con i quali si è tradotto in italiano la celebre opera di John Rawls. Taluni hanno proposto di tradurre l'opera "Justice as Fairness" in "Giustizia come equità"¹¹.

In castigliano, al posto del termine "equità" si è suggerito il termine "imparcialidad"¹². La prima traduzione è senza dubbio da escludere. Il termine equità ha infatti significati diversi: si tratta qualcuno in modo equo quando gli

¹⁰ HANNAH ARENDT, *Eichmann in Jerusalem: A Report on the Banality of Evil* (1963), trad. it. *La banalità del male, Eichmann a Gerusalemme*, Milano, 1964.

¹¹ Si veda per esempio, la traduzione italiana di *Justice as fairness*, curata da S. VECA, col titolo *Giustizia come equità. Una riformulazione*, Milano 2002.

¹² Si veda J. RICARDO VUDOYRA NEITO, *John Rawls, Una teoria de la Justicia*, disponibile on line all'indirizzo http://ghrendhel.tripod.com/textos/rawls.htm#_ftnref4.

si da ciò che merita¹³. Non sempre trattare una persona in modo *fair* presuppone darle ciò che merita. Come illustra l'aneddoto del prof. Morgenbesser, è concepibile trattare una persona in modo *fair* nonostante non gli si dia ciò che merita. Così, il termine equità è prossimo alla nozione di *justice* più che a quella di *fairness*. Si identifica con la giustizia sostanziale, non con quella processuale.

D'altro lato si ritiene che trattare taluno con equità possa identificarsi con la propensione a decidere in modo conforme ai dettami della propria coscienza, piuttosto che secondo la "lettera categorica della legge"¹⁴. Ciò a sua volta implica che chiunque giudica secondo parametri di equità, lo fa "in conformità a parametri di giustizia naturale in opposizione a quelli della giustizia positiva".

Come si vede, queste diverse accezioni del termine equità sono vincolate ad una idea di *justice* intesa in senso di giustizia sostanziale. Non si deve così identificare l'equità con la nozione di *fairness*, vincolata, come si è cercato di dimostrare, a parametri di giustizia processuale.

Sebbene meno problematica della prima, va scartata anche la traduzione di *fairness* (contenuta nell'opera di Rawls) come imparzialità.

Se è ben certo che una delle idee associate alla *fairness* è l'imparzialità, non è meno certo che il significato di *fairness* non si esaurisce nella concezione di un trattamento imparziale. Oltre all'imparzialità, la *fairness* è legata a tutta una gamma di diritti processuali che non possono ricondursi all'idea fondamentale di fornire un trattamento imparziale.

Così, per esempio, il più fondamentale dei diritti associati all'idea di *fairness* – il diritto dell'accusato di essere reso edotto delle accuse mossegli e di essere presente durante la fase del giudizio – non può essere dedotto dalla idea di imparzialità.

È possibile che un soggetto sia giudicato in modo imparziale nonostante non gli si permetta di essere presente durante lo svolgimento del giudizio. Questo però, chiaramente, non rende il processo del quale è oggetto, un processo *fair*.

Al di là della dimostrazione di come la frase "giustizia come *fairness*" "non sia facilmente traducibile", vorrei che queste brevi considerazioni mettessero

¹³ Dizionario De La Real Academia Española disponibile *on line* all'indirizzo http://buscon.rae.es/draeI/SrvltConsulta?TIPO_BUS=3&LEMA=equidad (definendo equità come la disposizione d'animo di dar a ciascuno ciò che merita).

¹⁴ *Ibidem*.

in luce che il termine *fairness* e conseguentemente il titolo dell'opera di Rawls, sono pressoché intraducibili in italiano utilizzando un solo vocabolo. Sfortunatamente, in ragione della caratteristica dell'idioma inglese, chi legga il titolo della opera di Rawls in italiano, non può comprendere con precisione il reale significato e la portata dell'idea che l'autore vuole comunicare. La *fairness* della quale parla Rawls esprime un concetto di giustizia di natura processuale che è – almeno per principio – indipendente dalla giustizia sostanziale.

Come già abbiamo detto, un processo *fair* può produrre un risultato ingiusto. Allo stesso tempo, un processo *unfair* può concludersi a sua volta con un risultato ingiusto. Il valore più importante dell'opera di Rawls sta nell'aver suggerito che il miglior modo di perseguire una giustizia sostanziale è di assicurare un processo giusto nel quale vi sia una equilibrata distribuzione fra le parti di beni e diritti.

Il famoso “velo d'ignoranza” altro non è che un meccanismo processuale, attraverso il quale si cerca di conseguire una giustizia sostanziale.

Il pregio peculiare della teoria di Rawls risiede, inoltre, nell'affermazione per cui la modalità *fair* rappresenta il miglior veicolo per giungere ad un vero concetto di *justice*.

In altre parole, la giustizia sostanziale può conseguirsi attraverso la giustizia processuale. Così, il modo migliore per tradurre il titolo dell'opera di Rawls sarebbe “Una teoria della giustizia: la giustizia sostanziale come giustizia processuale”.

2. Conflitti fra Giustizia e Fairness nel processo penale

Sebbene Rawls suggerisca che, nel contesto della filosofia politica, il concetto di *fairness* non è necessariamente incompatibile con quello di *giustizia*, certo è che nel campo del diritto penale la tensione fra *fairness* e *giustizia* non potrebbe essere più evidente.

Molte delle norme che vorrebbero assicurare la *fairness* del processo penale conducono alla produzione di un risultato ingiusto. Similmente, molte delle norme che vorrebbero assicurare un risultato giusto comportano che si trattino taluni imputati o sospettati in modo *unfair*. In questa sezione esaminerò due di queste norme: le regole relative all'esclusione della prova ottenuta in violazione del principio costituzionale di difesa contro perquisizioni, sequestri e detenzioni illegittime e le norme che condizionano l'ammissibilità della confessione.

2.1. Esclusione della prova ottenuta in violazione del Quarto Emendamento

Secondo il Quarto Emendamento della Costituzione degli Stati Uniti, risulta evidente come lo Stato non possa portare a termine perquisizioni, sequestri e atti privativi della libertà personale di carattere illegittimo.

Non è chiaro, tuttavia, quale sia il rimedio a fronte della violazione di questa clausola.

La Costituzione tace su questo problema. Nonostante tale lacuna, la Corte Suprema ha statuito, nella sentenza *Weeks contro Stati Uniti* che, in caso di violazione del Quarto Emendamento, è possibile distruggere la prova ottenuta illegalmente¹⁵.

Un'esclusione probatoria di creazione giurisprudenziale. Inizialmente, la Corte Suprema suggerì che tutte le prove ottenute contravvenendo al divieto di effettuare perquisizioni illegittime, dovessero essere escluse dal processo. Consentire il contrario, sottolineò il giudice supremo nella sentenza *Weeks*, equivarrebbe ad approvare, mediante una decisione giudiziale, un atto che ignora o addirittura sfida le proibizioni della Costituzione¹⁶.

Alla luce di questa interpretazione del Quarto Emendamento, l'ammissione di una prova ottenuta illegalmente da parte dello Stato, renderebbe i giudici complici della violazione di quella Costituzione che giurarono di rispettare¹⁷. Così concepita, la regola dell'esclusione probatoria promuove la *fairness* all'interno del sistema di giustizia penale e "riconde le parti che partecipano al processo penale alla posizione che avrebbero avuto, se la costituzione fosse stata rispettata"¹⁸. Cioè, l'esclusione delle prove ottenute illegalmente fa sì che lo Stato non ottenga un ingiusto vantaggio durante la fase delle indagini.

Inoltre, si è segnalato come la soppressione di qualsivoglia prova ottenuta in violazione del Quarto Emendamento costituisca il massimo grado di espressione della natura *fair* del procedimento d'indagine, poiché assicura che tutti i soggetti, i quali subiscono una violazione del loro diritto a non essere perquisito o detenuto illegalmente, avranno accesso alla stessa tutela indipendentemente dalle circostanze che hanno originato la violazione costituzionale.

Questa accezione del divieto probatorio fu duramente criticata, proprio per i risultati "ingiusti" che potrebbe produrre. Oltre tutto, come ebbe a dire

¹⁵ *Weeks v. United States* 232 U.S. 383 (1914).

¹⁶ *Ibidem*.

¹⁷ *Elkins v. United States* 364 U.S. 206, alla pagina 223.

¹⁸ JERRY E. NORTON, *The Exclusionary Rule Reconsidered: Restoring The Status Quo Ante*, 33 Wake Forest L. Rev. 261, 284 (1998).

il giudice Benjamin Cardozo in una sua famosa frase, l'esclusione di prove che si sarebbe potuto ottenere legalmente, moltiplica le possibilità che il "criminale ne venga fuori libero in ragione del fatto che la polizia ci ha messo lo zampino"¹⁹.

Si argomenta che l'esclusione, in questo caso, comporta una burla alla giustizia sotto vari aspetti, perché si finirebbe col non dare a nessuno degli attori coinvolti nel processo quello che essi realmente meritano. Il criminale torna libero nonostante la commissione del delitto.

La polizia non viene direttamente "castigata", giacché la sanzione è costituita dalla mera esclusione della prova ottenuta in violazione del Quarto Emendamento. Infine, la società ritorna alla mercè di un individuo pericoloso che è stato sottratto all'irrogazione della pena per ragioni estranee alla sua colpevolezza.

Alla luce di queste ed altre critiche la Corte Suprema decise, nella causa *Unites States contro Calandra*, di abbandonare la rigida concezione della regola di esclusione probatoria che sembrava essere stata utilizzata in decisioni quale quella di *Weeks*²⁰. Si è così statuito che l'ammissibilità di prove illecite va esclusa solo quando i benefici dell'esclusione siano maggiori dei costi che tale scelta comporta²¹.

Come abbiamo sottolineato nel paragrafo precedente, il costo dell'esclusione di una prova ottenuta in violazione del Quarto Emendamento consiste nel fatto che molte volte questo comporta la messa in libertà di una persona che ha commesso un delitto²².

Un simile risultato appare ingiusto, dal momento che non si infligge all'accusato la pena che merita, per ragioni indipendenti dalla sua colpevolezza. D'altro canto, la Corte Suprema ha segnalato che il criterio da utilizzare per misurare i benefici dell'esclusione, risiede nella circostanza della dissuasione degli organi di polizia rispetto alla futura adozione di condotte improprie²³.

Quanto più potere dissuasivo ha l'esclusione delle prove in certi casi, tanto più forte è l'argomentazione a favore di tale rimedio. Al contrario, tanto meno

¹⁹ *People v. Defoe*, 150 N. E. 585 (1926).

²⁰ 414 U.S. 338 (1973).

²¹ *Ibidem*.

²² *Stone v. Powell*, 428 U.S. 465, 490 (1976) (dove la Corte Suprema segnala che l'esclusione della prova "svia la ricerca della verità e in molte occasioni permette al colpevole di tornare in libertà").

²³ *Ibidem*.

potere dissuasivo ha l'esclusione della prova, tanto più forte è l'argomentazione a favore della non esclusione della stessa. L'esclusione della prova ottenuta in violazione del Quarto Emendamento dipende inoltre da un bilanciamento di interessi.

A sfavore dell'esclusione gioca l'evidente ingiustizia che, a volte, genera la sottrazione della prova pertinente dal novero degli atti utilizzabili per il giudizio. Gioca, invece, a favore di una tale soluzione il possibile effetto dissuasivo che ha, sulla polizia, la minacciata esclusione della prova ottenuta illegalmente. Questo è lo schema concettuale che la Corte invoca oggi per determinare ove si debba – e se si debba – escludere la prova ottenuta contravvenendo al Quarto Emendamento²⁴.

In confronto ai caratteri di approssimazione che connotavano la regola di esclusione stabilita nella sentenza *Weeks*, la concezione della regola di esclusione adottata dalla Corte Suprema nel caso *Calandra*, porterà a risultati più giusti proprio in ragione del fatto che, in certi casi, non condurrà all'esclusione della prova.

Senza dubbio, però, questa accezione della regola genera *unfairness* almeno per due ragioni.

Primo, non fa tornare le parti nella posizione processuale nella quale si sarebbero trovate, se non fosse stata commessa una violazione delle garanzie costituzionali. Questa circostanza permette allo Stato di sfruttare i comportamenti illegali tenuti da soggetti ad esso legati.

In secondo luogo, la flessibile regola di esclusione stabilita nella sentenza *Calandra* porta al curioso risultato che i beneficiari dell'esclusione saranno quelli che hanno avuto la fortuna di imbattersi in una condotta governativa, la cui reiterazione viene scoraggiata attraverso la minaccia dell'esclusione della prova ottenuta illegalmente.

Tale circostanza appare *unfair* perché non saranno oggetto di uguale trattamento tutti i sospettati i cui diritti costituzionali sono stati infranti. Si escluderà la prova in alcuni casi e non in altri, in ragione di fattori totalmente indipendenti dalla condotta del sospettato.

Come può vedersi, la tensione fra *fairness* e *giustizia*, in questi casi, è evidente. Se si vuole assicurare al massimo livello un trattamento *fair* di tutti gli individui, in questi casi deve sempre escludersi la prova ottenuta in violazione del Quarto Emendamento.

²⁴ Si veda, per esempio, *Hudson v. Michigan* 547 u.s. 586 (2006).

Permettere l'esclusione in certi casi e non in altri conduce inevitabilmente al trattamento difforme di imputati che versino nelle stesse condizioni processuali.

Ampliare al massimo le circostanze di esclusione della prova pertinente conduce, senza dubbio, ad aumentare i casi nei quali si lascia libero un soggetto colpevole e questo appare francamente ingiusto.

Al contrario, se si vuole potenziare al massimo la possibilità che il processo penale conduca ad un risultato "giusto" in senso sostanziale, vale a dire, nel senso di dare all'accusato quello che merita, debbono ridursi il più possibile le circostanze nelle quali si esclude la prova illegalmente ottenuta. Ciò comporta un aumento dei casi nei quali si tratterà in modo *unfair* il soggetto sospettato del reato, dal momento che si permetterà allo Stato di utilizzare i frutti della propria condotta illegale e si ammetterà una prova illegalmente ottenuta contro certi sospettati e contro altri no, per ragioni estranee al comportamento degli stessi.

2.2. Ammissibilità della confessione

Nel noto caso *Miranda contro Arizona*, la Corte Suprema degli Stati Uniti statui che viola il diritto costituzionale a non autoincriminarsi, la circostanza di ottenere la confessione di un soggetto sospettato di reato, che sia interrogato mentre si trova in stato di custodia da parte della polizia, senza prima avvertirlo che ha diritto a rimanere in silenzio e ad essere assistito da un avvocato durante l'interrogatorio²⁵.

Una delle principali considerazioni che indusse la Corte Suprema ad adottare la decisione *Miranda* fu la preoccupazione che avrebbero in realtà beneficiato del diritto costituzionale alla non autoincriminazione solo coloro i quali, in ragione della loro educazione più elevata, conoscono la circostanza di possedere tale diritto e coloro i quali, per la loro condizione economica, hanno i mezzi per essere assistiti da un avvocato. Sembra *unfair* che si giovi del diritto alla non autoincriminazione chi, per la sua migliore educazione, sappia che ha diritto a rimanere in silenzio durante l'interrogatorio di polizia, mentre chi, per la sua educazione carente, non conosce questo suo diritto sia per ciò solo pregiudicato.

²⁵ *Miranda v. Arizona*, 384 U.S. 436 (1966). Secondo quanto stabilito dalla sentenza *Miranda* anche il sospettato deve essere avvertito della circostanza che qualunque dichiarazione egli rilasci possa essere usata contro di lui e che lo Stato deve fornirgli un avvocato senza che questi debba pagarla, ove si trovi in condizioni di indigenza.

Il caso Miranda illustra bene questa circostanza. L'accusato, Ernesto Miranda, era un immigrato messicano, con scarsa conoscenza del sistema giudiziario statunitense.

Perciò non aveva idea che la Costituzione federale gli garantisse il diritto a mantenere il silenzio durante l'interrogatorio di polizia a cui fu sottoposto. In questo caso, far presente al soggetto che può rimanere in silenzio è un modo per metterlo nelle stesse condizioni di colui che conosce le regole che presiedono al sistema giuridico penale del Paese nel quale si svolge il giudizio.

Gli avvertimenti previsti nella sentenza Miranda costituiscono dunque un meccanismo per ottenere che tutti gli individui che entrano in contatto con il sistema di giustizia criminale, abbiano lo stesso accesso ai diritti garantiti dalla Costituzione.

Si tratta, come suggerisce Liz Sonnenborn nel suo rapporto sulla vicenda di *Miranda contro Arizona*, di una "questione fondamentale di *fairness*", dal momento che sembra *unfair* che persone come Ernesto Miranda non beneficino del diritto costituzionale a rimanere in silenzio come gli altri sospettati "soltanto perché Miranda aveva meno soldi ed aveva minore conoscenza del sistema giudiziario"²⁶.

Dal momento che la decisione Miranda chiaramente promuove il carattere *fair* del processo penale nel senso prima indicato, molti hanno criticato la decisione perché le rigide regole poste nel caso Miranda conducono in molti casi a risultati ingiusti. Come ha segnalato il giudice Harlan, manifestando il proprio dissenso, la norma stabilita nel caso Miranda avrà l'effetto di ridurre marcatamente il numero delle confessioni" dei soggetti sospettati²⁷.

Questo, a sua volta, ridurrà il numero di accertamenti in ordine alle persone colpevoli che otterrà lo Stato e – come conseguenza di ciò – la giustizia sarà presa in giro e verrà minacciato il benessere della società²⁸.

Il problema dei principi enunciati nella sentenza Miranda risiede nella circostanza che questi porteranno, in molti casi, all'esclusione di una prova ottenuta senza l'impiego di coazione psicologica o fisica che si incentra evidentemente sulla colpevolezza dell'imputato, con il risultato che il soggetto sospettato non riceve il castigo che merita. In sintesi, la decisione Miranda ha l'effetto di aumentare il numero di casi nei quali non si fa giustizia.

Le regole del caso Miranda costituiscono un esempio paradigmatico di

²⁶ Liz Sonnenborn, *Miranda v. Arizona* 26 (2004).

²⁷ *Miranda v. Arizona*, 384 u.s. 436 (1966) (opera dissenziente del Giudice Harlan).

²⁸ *Ibidem*.

come l'obiettivo di perseguire un grado massimo di *fairness* sia raggiungibile, in certi casi, solo attraverso il sacrificio della ricerca della giustizia.

Se vogliamo aumentare il numero dei casi nei quali il processo mira a far giustizia, potremmo tornare alla vecchia regola della "volontarietà", nel vigore della quale una confessione è ammissibile anche senza l'avvertimento al sospettato che può rimanere in silenzio, qualora il giudice concluda che la confessione fu comunque volontaria, alla luce della totalità delle circostanze che presiedono alla dichiarazione.

Questa discrezionalità in capo all'organo giudiziario porterebbe ad escludere un numero minore di confessioni rispetto a quanto si fa oggi e dunque condurrebbe ad un numero maggiore di condanne di persone colpevoli ottenute come conseguenza della presentazione, fra le prove, di confessioni rese in tal modo.

Tuttavia, questo incremento di un obiettivo di giustizia si può ottenere solamente sacrificando il livello di *fairness*, promosso mediante l'adozione di regole come quella enunciata nel caso Miranda. Infatti, la mancata subordinazione dell'ammissibilità della confessione all'esigenza che si avverta il sospettato del suo diritto a rimanere in silenzio, apre la porta a quelle disuguaglianze che i principi contenuti nella sentenza Miranda miravano ad evitare.

3. Soluzioni per dirimere il conflitto fra Giustizia e Fairness

Individuare il giusto equilibrio fra *giustizia* e *fairness* è qualcosa che va ben al di là di quanto possiamo fare in questa sede.

In definitiva, questa sembra essere una decisione che compete a ciascun organo giurisdizionale nella misura in cui questo ricerchi la giustizia, il conseguimento di un certo grado di *fairness* e miri poi alla interrelazione di entrambi gli aspetti.

Indipendentemente dal modo in cui ciascun organo giurisdizionale decida di dirimere il conflitto fra *giustizia* e *fairness*, credo che una volta che tale conflitto sia risolto, coloro che si trovano ad operare all'interno del sistema giuridico penale potranno giungere a decisioni veramente efficienti, se comprendono il significato, la portata e l'importanza della distinzione fra due distinte norme quali: regole uniformemente applicabili e regole che debbono applicarsi caso per caso.

Più precisamente, ritengo che, una volta stabilito all'interno di un determinato sistema giurisdizionale che si preferisce sacrificare la giustizia in cambio del conseguimento di un maggior livello di *fairness*, tale scelta deve tradursi

nella creazione di regole caratterizzate da una loro applicazione uniforme, volte a limitare l'ambito di discrezionalità delle decisioni di coloro che operano nell'ambito della giustizia penale.

Al contrario, se si desidera ricercare il massimo livello di giustizia (sostanziale), sebbene ciò implichi il sacrificio di un certo grado di *fairness*, tale decisione deve tradursi nella creazione di regole applicabili caso per caso, con la conseguenza dell'aumento della flessibilità nell'applicazione della legge e il grado di discrezionalità di cui si servono coloro che operano nel processo penale.

3.1. Regole di applicazione generale e regole applicabili caso per caso

Le regole che si connotano per una loro applicazione generale²⁹, hanno due caratteristiche peculiari. In primo luogo, l'applicazione di questo tipo di regole non varia a seconda dei casi specifici. In secondo luogo, questo tipo di regole non necessita della valutazione di una serie di fattori che entrino in gioco al fine di determinarne l'applicabilità.

Al contrario, le norme suscettibili di una applicazione caso per caso variano, comprensibilmente, a seconda delle circostanze peculiari che caratterizzano ciascuna vicenda concreta. D'altro lato, questa tipologia di regole comporta la ponderazione di numerosi fattori ai fini della sua applicazione. La maggior parte degli orientamenti dottrinali che caratterizzano il diritto processuale penale trovano il loro fondamento nella dicotomia sussistente fra regole di applicazione generale e regole applicabili caso per caso.

Ne sono esempio le norme che determinano l'esclusione della prova ottenuta in violazione del Quarto Emendamento, di cui s'è detto in precedenza, nella parte II (A). La regola suggerita dalla Corte Suprema nel caso *Weeks* – la prova ottenuta in violazione del Quarto Emendamento sarà sempre inammissibile nei tribunali – è stata formulata quale norma generale. Si tratta, come sempre accade con questo tipo di regole, di una norma insuscettibile di diversa applicazione a seconda dei casi in cui viene applicata. In altri termini, una volta riscontrata una violazione del Quarto Emendamento, la regola è quella dell'esclusione dal processo della prova illegalmente ottenuta indipendentemente dalle circostanze peculiari che rilevano nel caso di specie. Altresì, l'interpretazione normativa relativa al caso *Weeks* non comporta che siano soppesati una serie di fattori per determinare quali siano gli esiti della sua

²⁹ Nella lingua inglese tale regola è indicata come *bright line rules*. La frase non è di facile traduzione.

applicazione. Si ritiene, infatti, che non possa essere invocato, né rilevare, alcun interesse contrario all'esclusione di tale regola per determinare una attenuazione o una neutralizzazione della stessa.

Per contro, la regola stabilita dalla Corte suprema nel caso *Calandra* – la prova ottenuta in violazione del Quarto Emendamento sarà inammissibile se i benefici dalla sua esclusione saranno maggiori dei costi – è flessibile e, dunque, suscettibile di essere adattata ai diversi casi della vita. Al pari di tutte le regole che seguono un tale regime di applicabilità, la loro operatività dipenderà dalle peculiari circostanze del caso affrontato.

Per l'applicazione di una simile regola è necessario prendere in considerazione, per esempio, se l'autorità pubblica che ha violato il Quarto Emendamento abbia agito in buona fede³⁰, se si sia contravvenuti ad un livello di protezione affidato a norme costituzionali o secondarie³¹ e se la violazione della Costituzione si sarebbe potuta evitare osservando la diligenza richiesta³². Così, il principio normativo fatto proprio dalla Corte nella sentenza *Calandra* comporta la valutazione di diversi fattori (potere dissuasivo della esclusione contro il costo sociale che comporta l'esclusione di una prova pertinente) per determinare se effettuare o meno l'esclusione.

Diversamente, la norma adottata dalla Corte Suprema nel caso *Miranda* per disciplinare il regime di ammissibilità delle confessioni, rappresenta una regola di applicazione uniforme, dal momento che la sua applicazione non dipende da circostanze particolari che emergono nel caso specifico nel quale si vuole applicarla, né è necessario valutare una serie di parametri per stabilire se sia il caso di renderla operativa.

Quanto al primo aspetto, la Corte Suprema ha statuito che in presenza del principio del diritto dell'indagato a non rendere dichiarazioni autoincriminanti, secondo quanto delineato nel caso *Miranda*, qualunque confessione resa da un indagato che si trovi in custodia è inammissibile, a meno che, prima di rendere dichiarazioni confessorie, questi non sia stato informato del suo diritto a conservare il silenzio e ad essere assistito da un avvocato durante l'interrogatorio.

Si tratta di una regola rigida che si applica in modo uniforme indipendentemente dalle circostanze peculiari del caso concreto, le caratteristiche personali dell'indagato e la condotta tenuta dagli organi di polizia.

³⁰ 468 U.S. 897 (1984).

³¹ *Hudson v. Michigan* 547 U.S. 586 (2006).

³² *Herring v. U.S.* 555 U.S. (2009).

Quanto al secondo aspetto, la Corte Suprema ha segnalato nel caso *Dikerson contro Stati Uniti* che l'esclusione di una confessione ottenuta contravvenendo alla regola espressa nel caso *Miranda* ha luogo automaticamente, senza bisogno di bilanciare gli interessi in conflitto per verificare se tale esclusione sia la scelta più giusta nel caso concreto³³.

3.2. Giustizia e Fairness e il tipo di regola utilizzata per l'esame di un problema

Alla luce delle precedenti considerazioni, se ciò che si desidera è raggiungere un grado massimo di *fairness*, debbono utilizzarsi il più possibile regole di applicazione uniforme per costruire quelle regole che, in tal senso, presidiano il processo penale. Come abbiamo sottolineato nella prima parte di questo articolo, il concetto di *fairness* è strettamente legato a quello di uguaglianza.

Così, le regole che si caratterizzano per una loro applicazione uniforme costituiscono un meccanismo adeguato per promuovere un certo grado di *fairness*, dal momento che questo tipo di regola si applica allo stesso modo, indipendentemente dalle circostanze particolari del caso.

La regola formulata nel caso *Miranda* costituisce un buon esempio.

In ragione della natura di tale regola, tutti i sospettati, interrogati mentre sono in regime di fermo di polizia, debbono essere avvertiti del loro diritto a non auto incriminarsi ed alla presenza di un avvocato durante l'interrogatorio.

Ciò fa sì che si tratti in ugual modo il sospettato povero ed il ricco, il colto e l'inclita, l'immigrante ed il cittadino. Così, la regola suggerita dalla Corte Suprema nel caso *Weeks* promuove tale idea di *fairness* nel processo penale.

In conformità con questa regola, qualunque persona vittima di una perquisizione o di un sequestro illegittimi, ha diritto di ottenere l'esclusione della prova così acquisita.

Questo rende massimo il grado di uniformità nell'applicazione della regola di esclusione, dal momento che tutti i sospettati avranno diritto a che si escluda la prova ottenuta illegalmente, indipendentemente dalle circostanze poste a fondamento della violazione della regola costituzionale e della valutazione costi e benefici che possa comportare l'esclusione della prova nel caso particolare.

D'altra parte, ove si desideri portare ai massimi livelli il grado di giustizia, debbono utilizzarsi il più spesso possibile regole la cui applicazione avvenga caso per caso, secondo quei principi che regolano in tal senso il processo penale.

³³ 530 U.S. 428 (2000).

Il senso di giustizia è intimamente legato all'idea di dare a ciascuno ciò che merita.

Senza dubbio, per determinare ciò che una persona merita, risulta prodromico determinare il fatto da questa commesso, perché solo così possiamo decidere se merita di essere elogiata o sanzionata per le sue azioni.

Molte delle norme che governano il processo penale facilitano il meccanismo di ricerca della verità, avendo di mira l'obiettivo di ottenere giustizia nel maggior numero dei casi concreti.

Normalmente, le regole applicabili caso per caso permettono il raggiungimento di un simile obiettivo più di quelle che si applicano uniformemente.

Dal momento che le regole applicabili caso per caso comportano la valutazione di vari fattori che costituiscono il prodromo delle decisioni che debbono essere prese, in alcune occasioni l'interesse prevalente sarà quello di non escludere alcune prove pertinenti o quello di compiere azioni che facilitino la ricerca della verità e pertanto il conseguimento della giustizia.

Per contro, le regole uniformemente applicabili non aiutano a conseguire l'idea di giustizia, ma conducono in numerosi casi all'esclusione della prova pertinente o a qualunque altro processo decisionale che rende difficile la ricerca della verità.

La regola stabilita nel caso *Calandra* permette di illustrare questo aspetto. Mediante l'adozione di una regola applicabile caso per caso si evita di dover escludere una prova pertinente ogni volta che si ottiene una prova come conseguenza di una perquisizione, della detenzione o del sequestro effettuati illegalmente. Tale circostanza facilita la ricerca della verità e della giustizia, dal momento che permette a colui che giudica di tenere in considerazione prove chiaramente rilevanti per determinare la colpevolezza o l'innocenza dell'imputato.

Diversamente, l'adozione di una regola come quella suggerita nel caso *Week* porterebbe, in tutti i casi di violazione del Quarto Emendamento, alla conclusione che si sia dinnanzi ad una prova pertinente, frustrando al contempo la ricerca sia della verità sia della giustizia.

4. *Conclusioni*

Si suole affermare che il principale intento del processo penale sia quello di facilitare la ricerca della verità, ricerca strumentale alla realizzazione di un obiettivo di giustizia nei singoli casi oggetto di un procedimento penale.

Fare giustizia significa dare a ciascuno quello che merita.

Senza dubbio, non si può dare a ciascuno ciò che merita senza sapere ciò che ha fatto.

Così, il processo penale offre regole per stabilire nel modo più certo le responsabilità dell'imputato, per poterne poi decidere le conseguenze.

Ciò nonostante, la ricerca della giustizia non è l'unico obiettivo perseguito dalle regole che presiedono al processo penale. Molte delle norme fondamentali che informano il nostro sistema di giustizia penale mirano a conseguire il risultato di un trattamento *fair* per l'imputato. Essere trattato in modo *fair*, come abbiamo detto nella prima parte di questo articolo, non necessariamente significa essere trattato in modo giusto.

L'adozione, all'interno del processo, di una modalità *fair* implica la circostanza di riservare all'accusato lo stesso trattamento rispetto a coloro che si trovino nella medesima situazione.

Diversamente, la nozione di giustizia implica che si dia all'accusato proprio ciò che merita.

La *fairness* è vincolata all'accettabilità del processo penale in sé, mentre la giustizia penale è legata all'accettabilità del risultato del processo penale.

Sfortunatamente, la ricerca della giustizia si scontra, sotto numerosi profili, con l'obiettivo del conseguimento della *fairness*.

Le regole che agevolano la ricerca della verità e la giustizia, frequentemente comportano che si riservi all'imputato un trattamento *unfair*. Al contrario, le regole che facilitano un trattamento *fair* dell'accusato, in numerose occasioni, frustrano la ricerca della verità e della giustizia.

Si tratta di un problema inerente alla struttura del sistema di giustizia penale che non sembra avere soluzione.

In conclusione, ogni sistema giurisdizionale deve risolvere il conflitto fra *fairness* e giustizia nel modo che ritenga maggiormente opportuno.

Alcuni sistemi propenderanno per facilitare il più possibile la ricerca della giustizia anche a costo del sacrificio di un certo grado di *fairness*. Altri, opteranno per esaltare l'aspetto di *fairness* del processo, sebbene ciò comporti il parziale sacrificio della ricerca della giustizia.

Risolto tale conflitto, sarà necessario creare le regole più adeguate per raggiungere l'equilibrio desiderato fra giustizia e *fairness*.

Il miglior modo per conseguire un tale risultato è quello di servirsi di regole caratterizzate da applicazione uniforme o regole applicabili caso per caso.

Se si mira a privilegiare il conseguimento di un processo *fair*, si devono utilizzare il maggior numero possibile di regole suscettibili di una applicazione uniforme. Per contro, se ciò a cui si mira è la ricerca della verità portata al

massimo grado, si deve ricorrere il più frequentemente possibile a regole di applicazione caso per caso, per creare un sistema dottrinale improntato a tali principi.